Die Abwehrmittel des Beklagten gegen die Besitzentziehungsklage (§ 861 Abs. 1 B.G.B.) unter besonderer Berücksichtigung des § 864 Abs. 2 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Fischer
aus Bamberg.

Approbiert am 10. Mai 1927.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1929.

Referent:
Univ.-Professor Geh. Justizrat Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung.

Die Besitzschutzparagraphen des BGB.; geschichtliche Entwicklung der Besitzschutzklagen; Verhältnis des § 861 Abs. 1 zu den §§ 985 und 1007.

B. Hauptteil.

I. Die Besitzentziehungsklage:

a) Grenze zwischen Besitzstörung und -Entziehung;

b) Voraussetzungen und Inhalt der Klage aus § 861 Abs. 1;

c) Verschiedene Besetzungsmöglichkeiten der Parteien bei der Besitzentziehungsklage:

1. Aktiv- und Passiv-Legitimation des mittelbaren Besitzers;
2. Aktiv- und Passiv-Legitimation des Mitbesitzers;
3. Aktiv- und Passiv-Legitimation des Teilbesitzers;
4. Aktiv- und Passiv-Legitimation des Rechtsbesitzers;
5. Aktiv- und Passiv-Legitimation des Besitzdieners.

II. Die einzelnen Abwehrmittel mit Ausnahme des § 864 Abs. 2:

a) exceptio vitiosae possessionis (§ 861 Abs. 2);

b) Die innerhalb der Grenzen des § 863 möglichen Abwehrmittel:

1. Widerklage;
2. Unterlassungsklage;
3. Der Einwand eines Rechts auf den Nachlaß;

c) Einrede der mangelnden Passiv-Legitimation; exceptio spolii; Bestreitung des Erbrechts des Erben des Besitzers; Veräußerung und Verlust des Besitzes während des Prozesses;

d) Das Abwehrmittel des § 864 Abs. 1.

III. Bedeutung des § 864 Abs. 2 als Abwehrmittel:

a) Streitfrage über den Gesetzesausdruck „Recht an der Sache";

b) Streitfrage: Rechtskräftiges Urteil nach oder auch vor der Verübung der verbotenen Eigenmacht;

c) Rechtskräftiges Urteil;

d) Bedeutung des § 864 Abs. 2 als Abwehrmittel bei der condictio possessionis und bei der Schadensersatzklage.

C. Schluß.

Zusammenfassung; Zweifel an der Notwendigkeit der Besitzschutzklagen des BGB.

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare:

Biermann, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht, 3. Aufl., 1914

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 1909.

Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO., herausgegeben von Jonas, Bd. 1, 1926.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bisher herausgegeben von Strohal, 3. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl., 1920, bearbeitet von André, Brodmann, Flad, Greiff, Gunkel, Knoke, Kreß, Lobe, Oegg, Sieber, Strecker, v Unzner.

Kommentar von den Reichsgerichtsräten (RGRK.) Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 2. Bd., Sachenrecht, 2. Aufl., 1913.

Rosenberg, Sachenrecht, 1. Halbband, 1919.

Seuffert, Kommentar zur ZPO., 8. Aufl., 1902.

Staudinger, 3 Bd., I. Teil, Sachenrecht (§§ 854 bis 1017), erläutert von Dr. Karl Kober, 9. Aufl., 1926; auch teilweise die 5./6 Aufl., 1910, benützt.

II. Lehrbücher:

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 5. Aufl., 1912.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 1905.

Dernburg, 3. Bd, Sachenrecht, 4. Aufl., 1908.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 8./9. Aufl., 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd., 1912.

Kübler, Geschichte des römischen Rechts, 1925.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Hälfte, 1904.

Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl., 1906.

Windscheid-Kipp, Pandekten, 1. Bd, 9. Aufl., 1906.

M. Wolff, Sachenrecht, 1923

III. Spezielles:

Bendix, Die Besitzlehre nach BGB. unter besonderer Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung (in „Das Recht", Jahrgang 1900).

Bunsen, „Besitzschutz in BGB." im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 23 (1904).

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Bd., 1./2. Aufl., 1904.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht (Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 4, 1901).

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901

Jsay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1900 (herausgegeben von Dr. Otto Fischer als 6. Bd., 1. Heft).

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem Römischen und Gemeinen Recht, 1900.

Kreß, Besitz und Recht, 1909.

Elvers, Römische Servitutenlehre, 1856.

Leonhard, Die Beweislast, 1904.

Strohal, Sachbesitz nach dem BGB. (in Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 38).

M. Wolff, Das Recht zum Besitz, 1903.

— Der Mitbesitz nach BGB. (in Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 44)

IV. Entscheidungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGE.) Bd. 7, 30, 50, 55, 71, 107.

Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts (herausgegeben von Mugdan und Falkmann) (OLGE.) Bd. 14, 1. Halbjahr (1907). 4. Bd., 1. Halbjahr 1902.

Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden (in „Das Recht", Jahrgang 1901).

A.

Einleitung.

Dem Streite über den Rechtscharakter des Besitzes, dessen richtige Lösung doch wohl die Annahme eines tatsächlichen Zustandes ist, und den verschiedenen relativen und absoluten Besitzschutztheorien[1]) (NB. für das BGB. ist der Besitzschutz Schutz des Rechtsfriedens wie die Materialien es ergeben)[2]) steht die einmütige Meinung gegenüber, daß der Schutz des Besitzes als äußerer Erscheinung des Rechts notwendig ist. Das BGB. hat dieser Notwendigkeit Rechnung getragen und gewährt einerseits in § 859 einen Selbstschutz, der „im Verhältnis zum früheren Rechte viel weiter reicht und ein Stück Faustrecht, wie es dem deutschen Rechtsbewußtsein entspricht, darstellt",[3]) andererseits in den §§ 861 Abs. 1, 862 Abs. 1 Besitzschutzklagen (außerdem besteht nach § 867 der der römischen actio ad exhibendum vergleichbare possessorische Abholungsanspruch).

Interessant ist besonders die geschichtliche Entwicklung der beiden Ansprüche aus § 861 Abs. 1 und § 862 Abs. 1. Das römische Recht, das nur dem juristischen Besitzer Besitzschutz gewährte — ausgenommen das interdictum de vi armata, das jedem Besitzer gegeben war[4]) — kannte gegen die Besitzstörung für Grundstücksbesitzer das interdictum uti possidetis, für Mobiliarbesitzer das interdictum utrubi, das dem Besitzer einer beweglichen Sache auch bei Entziehung zustand, gegen die Dejektion, für Grundstücksbesitzer nur, das interdictum unde vi vulgari und das interdictum unde vi armata; letzteres stand ausnahmsweise, wie schon erwähnt, auch dem fehlerhaften juristischen Besitzer und sogar den Detentoren zu. Seit Iustinian wurde dann gemeinsam dem juristischen Immobiliar- und Mobiliarbesitzer gegen Besitzstörung das interdictum uti possidetis gegeben, aus dem im Mittelalter das sogenannte possessorium ordinarium herauswuchs. Ferner kannte man im ausgehenden Mittelalter ein besonderes possessorium summariissimum, das eine provisorische Entscheidung der Besitzfrage darstellt. Der Besitzschutz gegen Besitzentziehung wurde da-

[1]) Cf. Planck, Vorbemerkung 6 zu § 854.
[2]) Cf. Rosenberg, Vorbemerkung zu § 854, 4 f. Abs. 2.
[3]) Staudinger, § 859 vor I.
[4]) Cf. Kübler, Geschichte des römischen Rechts, 1925, S. 158; Dernburg, § 23, 1 u. Anm. 1.

gegen im gemeinen Recht erheblich erweitert; die aus der exceptio spolii des kanonischen Rechts sich entwickelnde Spolienklage wurde nicht nur dem juristischen Besitzer gegeben, sondern auch den Detentoren, die im eigenen Interesse detinieren[5]) und richtete sich nicht nur gegen den Besitzentzieher, sondern auch gegen seine Erben und gegen jeden successor spolii conscius[6]) (NB. wichtig ist, daß dies nicht nur den Sach-, sondern auch den Rechtsbesitz betraf)[7]); aber Einreden ex iure waren bei ihr als einer possessorischen Klage unzulässig. Diese Duplizität der Besitzklage schaffte schon der § 279 ZPO. ältere Fassung prozeßrechtlich ab. Das BGB. hat nun auch materiell-rechtlich diese „launische Ungleichheit des gemeinen Rechts“[8]) beseitigt, indem es die Ansprüche wegen Besitzstörung und -Entziehung gleichmäßig behandelt, die jedem Besitzer (dazu gehören auch die Detentoren des gemeinen Rechts, weil das BGB. sie den juristischen Besitzern gleichstellt) zustehen.

Da der Besitzanspruch aus § 861 Abs. 1 häufig mit dem Eigentumsanspruch aus § 985 und dem Anspruch aus § 1007 konkurriert, dürfte eine kurze Erörterung dieser Frage zur Klärung des Themas angebracht sein. Der Eigentümer, der sich auf sein Eigentum und auf seinen früheren Besitz und auf verbotene Eigenmacht beruft, kann nach den §§ 985, 1007 und 861 klagen, jedoch nach § 1007 nur bei beweglichen Sachen. Der Kläger kann isoliert jede der einzelnen Klagen erheben; Verbindung, auch eventuelle, des possessorium mit dem petitorium, die § 232 Abs. 2 ZPO. ältere Fassung verbot, ist durch das Gesetz betreffend die Aenderung der ZPO. vom 17. V. 1898 Nr. 70 ermöglicht worden.[9]) Ebenso ist nicht mehr verboten die Verbindung, auch die eventuelle, der Klage aus § 861 Abs. 1 mit der Klage aus § 1007.[10]) Auch steht das Urteil im Besitzprozeß der Klage aus § 985 und § 1007 nicht entgegen. Jedoch nicht immer besteht Konkurrenz zwischen diesen Ansprüchen. Manchmal greift nur der Eigentumsanspruch durch z. B., wenn der Kläger zwar Eigentümer, aber nie Besitzer war (z. B. §§ 926, 986, 911, 953). Manchmal sind nur § 1007 und § 861 Abs. 1 gegeben, z. B. wenn ein Anspruch aus dinglichem Rechte fehlt, der Kläger nur ein obligatorisches Recht hatte oder beim Erwerb

---

[5]) Cf. Dernburg, § 24, I, 3 Abs 3.

[6]) Dernburg, § 24, II, 4.

[7]) NB. Das ist wichtig, weil das mittelalterliche Recht den Rechtsbesitz gewaltig erweiterte. Cf. Dernburg, § 29, I.

[8]) Wolff, § 4, II, 2.

[9]) Planck, Vorbemerkung zu §§ 861—864.

[10]) Fischer-Henle, § 861 Anm. 5; Planck, § 1007, 8 a; — a. M. Staudinger, § 1007, III, d.

gutgläubig war.*) Auch zwischen letzteren Ansprüchen findet öfters eine Auslese statt: Ist A von B und B von C bestohlen, so steht B gegen C nur § 861, nicht § 1007 zur Verfügung, weil B beim Erwerb bösgläubig war und umgekehrt ist nur § 1007 anwendbar, wenn der Beklagte sich nicht verbotener Eigenmacht schuldig gemacht hat, z. B. der Finder, oder deshalb nicht fehlerhaft besitzt, weil er gutgläubiger Besitznachfolger ist oder weil der Anspruch aus § 861 durch Jahresfrist erloschen ist. (Cosack nennt ihn daher kurzfristigen Anspruch im Gegensatz zum Anspruch aus § 1007, den er als langfristigen bezeichnet).

B.

Hauptteil.

I. Die Besitzentziehungsklage.

Unser Thema beschränkt sich beim Besitzschutz auf die Besitzentziehungsklage nach § 861 Abs. 1, schließt also den Selbstschutz nach § 859 aus, behandelt ferner auch die Besitzstörungsklage nach § 862 Abs. 1 nicht. Da aber häufig Zweifel darüber bestehen, ob eine in verbotener Eigenmacht ausgeführte Handlung Besitzentziehung oder Besitzstörung darstellt, so wollen wir zunächst versuchen, eine möglichst klare Trennung der beiden Ansprüche zu vollziehen. Die Feststellung der Grenzen ist deshalb wichtig, weil sich die Rechte aus § 859 Abs. 2 und 3 nur auf die Dejektion beziehen und weil die Passiv-Legitimation hier sich anders bestimmt als bei der Klage aus § 862 Abs. 1.[1]) Besitzentziehung liegt vor, wenn der Täter für sich selbst einen Besitz begründet, sei es ein Allein- oder Teil-, Sach- oder Rechtsbesitz (Beispiel bei Wolff):[1]) der Aufsteller einer Vogelscheuche auf dem Nachbargrundstück ist bloß Störer, der über die Grenze Bauende ist Entzieher). Windscheid-Kipp[2]) kennen eine sogenannte „Besitzbelastung", d. h. eine Besitzstörung, bei der der Störer einen Besitz erlangt, was aber Wolff[3]) als „teilweise Besitzentziehung" betrachtet. Jedoch führt eine Verwechslung

*) Eine Konkurrenz zwischen § 861 und § 1007 ist möglich; es liegen zwei Ansprüche vor, nicht nur einer, wie Hellwig annimmt (S. 346, III.), (Cf. Wolff, § 23 Anm. 22).

[1]) Wolff, § 17, I, 3. Aehnlich Planck, § 862, 2 a, Abs. 2.

[2]) S. 792, 820.

[3]) § 17 Anm. 10.

beider Besitzklagen im Einzelfall nicht zur Klagabweisung, da „die beiden possessorischen Interdikte nicht inhaltlich, sondern nur umfänglich verschiedene Ansprüche darstellen, so daß beim Uebergang von dem einen zum anderen Klageänderung nicht vorliegt".[4]) „Zulässig und unter Umständen sogar zweckmäßig ist es auch mit der Klage wegen Besitzstörung eventuell den Antrag auf Verurteilung zur Wiedereinräumung des Besitzes zu verbinden".[5])

Jetzt können wir näher auf die Besitzentziehungsklage des § 861 Abs. 1, ihre Voraussetzungen und ihr Ziel, eingehen. Der Kläger muß bis zur Dejektion unmittelbarer Besitzer gewesen sein (über den mittelbaren Besitz siehe unten), d. h. er muß beweisen, daß er bis zur Besitzentziehung unmittelbarer Besitzer gewesen ist; der Nachweis früheren Besitzes bezw. früheren Besitzerwerbs genügt, vorbehaltlich des Gegenbeweises des Beklagten, daß der Besitz schon vor der Besitzentziehung verloren war, dann, wenn der Richter nach den besonderen Umständen des Einzelfalles die Fortdauer des Besitzes annehmen darf.[6]) Der Uebergang dieses Anspruches auf den Erben folgt nicht ohne weiteres aus § 857 (er war in § 2053 E. I. besonders festgesetzt) wohl aber aus § 1922 Abs. 1, da der Anspruch in das Vermögen des Erblassers fällt; auch Singularsuccession, insbesondere durch Abtretung (§§ 398 oder 413), ist möglich.[7]) Zu den Voraussetzungen des § 861 Abs. 1 gehört ferner die in § 858 Abs. 1 definierte verbotene Eigenmacht. Das Gesetz versteht darunter nur Handlungen; doch kann verbotene Eigenmacht auch im Unterlassen von Handlungen zur Vereitelung derselben liegen.[8]) Eine bestimmte Willensrichtung des Täters ist nicht erforderlich, gleichgültig ist, ob er vorsätzlich oder fahrlässig oder im Irrtum oder guten Glauben handelt, es genügt objektive Beeinträchtigung des Besitzes, auch juristische Personen[9]) können durch ihre Vertreter verbotene Eigenmacht verüben. Ferner ist nach RGE. Bd. 55, S. 55 ff. der Verstoß gegen besondere Verbotsgesetze zum Tatbestand der verbotenen Eigenmacht nicht notwendig. Auf der Seite des Klägers setzt die verbotene Eigenmacht voraus, daß die Handlung ohne seinen Willen, d. h. entweder unter seinem Widerspruch oder ohne seine Zustimmung erfolgt ist. Den Ausschlag gibt der Wille des

[4]) Bendix, S. 71; ähnlich Gaertner, S. 162, Kniep, S. 471

[5]) Planck, Vorbemerkungen zu §§ 861—864; Staudinger, §§ 861, 862, II, 3.

[6]) Planck, § 854, 2, Abs. 1, 861, 2 a; Gaertner, S. 161, Dernburg bemerkt im § 26, 4: „die früher häufig verteidigte Regel olim possessor hodie possessor ist nicht allgemein richtig, aber es ist unter Umständen zutreffend."

[7]) Planck, § 861, 2 a; Staudinger, §§ 861, 862, III., 1 a, b.

[8]) Planck, § 858, 1.

[9]) Staudinger, § 858, I, 2 a, b.

unmittelbaren Besitzers, bei Besitzdienerschaftsverhältnis der des Besitzherrn, weil der Besitzdiener nach § 855 „den auf die Sache sich beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat", weil er überhaupt nicht Besitzer ist. Die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Besitzers schließt die verbotene Eigenmacht aus, und sie kann auch schon im voraus erteilt werden; wenn jedoch bei der Vornahme der Handlung die vorherige Zustimmung des Besitzers nicht mehr vorliegt, dann ist es trotzdem verbotene Eigenmacht.[10]) Die Beweislast darüber, daß die Handlung ohne den Willen des Besitzers erfolgt ist, trifft den Kläger; der Beweis des Gegenteils obliegt dem Beklagten.

Ziel der Klage ist nach § 861 Abs. 1 die „Wiedereinräumung des Besitzes", d. h. der Beklagte muß zu jener Tätigkeit verurteilt werden, die erforderlich ist, um dem Kläger den früheren Besitzstand wieder zu verschaffen, was bei Immobilien und Mobilien verschieden ist. Die Vollstreckung des Urteils erfolgt nach Maßgabe der §§ 883, 885 ZPO.

Als Beklagten haben wir bisher nur den Täter betrachtet, was den einfachsten Fall darstellt. Der § 861 Abs. 1 nennt als Beklagten aber „denjenigen, welcher ihm (= dem Besitzer) gegenüber fehlerhaft besitzt", d. i. entweder der Täter selbst oder der Erbe des Besitzers, oder derjenige, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vergängers beim Erwerbe kennt. (Cf. § 858 Abs. 1; grobe Fahrlässigkeit und nachträgliche Kenntnis schaden also nicht). Den fehlerhaften Besitz, der der iniusta (= vitiosa) possessio mit Ausnahme des prekaristischen Besitzes entspricht,[11]) muß der Erbe gegen sich gelten lassen, ganz gleichgültig, ob er den Besitz tatsächlich ergriffen oder ihn durch die Fiktion des § 857 erlangt hat, was bei Planck[12]) mit Zuhilfenahme des E. I und der Motive III bewiesen ist. Der Besitz des Erben muß von ihm als Erben erlangt sein, was aber nicht der Fall ist, wenn der Erblasser ihm die Sache noch zu seinen Lebzeiten übergab,[13]) und Planck sagt an der eben zitierten Stelle ganz treffend: „Statt „wenn er Erbe des Besitzers ist", müßte es schärfer also lauten: „Wenn er durch Erbschaft Besitzer ist". Wolff[14]) möchte die auf den Erben bezüglichen Vorschriften auf jeden Gesamtnachfolger ausgedehnt wissen. Sondernachfolger ist nicht nur wie in den §§ 221, 943, 999 der Rechtsfolger des Täters, sondern jeder, der dem Täter im Besitz zeitlich nachfolgt, ganz gleichgültig, ob mit dessen Willen oder nicht, ob unentgeltlich oder

[10]) Planck, § 858, 1 a.
[11]) Dernburg, § 22 Anm. 9.
[12]) Planck, § 858, 3 a.
[13]) Staudinger, § 858, IV, 2 a; Biermann, § 858, 2 b; Planck, § 858, 3 a.
[14]) § 17, II. und Anm 16; — a. M. Biermann, § 858, 2 b.

entgeltlich.[15]) Die erste Voraussetzung ist also, daß der Besitz des oder der Vorgänger fehlerhaft war. Daher ist der Besitz eines Nachfolgers selbst dann nicht fehlerhaft, wenn er zwar beim Erwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes eines Vorgängers gekannt, dieser Vorgänger aber selbst fehlerfrei besessen hat, weil er beim Erwerbe gutgläubig war, d. h. der mittelbare Nachfolger des Dejizienten besitzt nur dann fehlerhaft, wenn auch der unmittelbare Nachfolger fehlerhaft besessen hat.[16]) Im Gegensatz dazu ist nochmals zu betonen, daß den eigentlichen Täter der verbotenen Eigenmacht guter Glaube, z. B. er glaubte an die Zustimmung des bisherigen Besitzers, die in Wirklichkeit fehlte, nicht schützt. Zu bemerken ist auch noch, daß der durch Eigenmacht erlangte Besitz immer nur relativ fehlerhaft ist, d. h. nur gegenüber dem bisherigen Besitzer und dessen Rechtsnachfolgern, allen anderen gegenüber ist der Täter vollberechtigter Besitzer.[17])

Wir haben bisher nur den einfachen Fall der Besitzentziehungsklage behandelt: als Kläger den bisherigen unmittelbaren Immobiliar- und Mobiliarbesitzer oder dessen Rechtsnachfolger, als Beklagten auch nur den jetzigen unmittelbaren Besitzer, sei er Täter oder Nachfolger (mit Ausnahme des Erben, der durch die Fiktion des § 857 den Besitz erlangt). Wir wollen nun untersuchen, inwieweit auch mittelbarer Besitzer, Mitbesitzer, Teilbesitzer, Rechtsbesitzer und Besitzdiener Kläger bezw. Beklagte sein können, um dann nach allseitiger Betrachtung der Besitzentziehungsklage die einzelnen Abwehrmittel erörtern zu können.

Nach § 869 kann auch der mittelbare Besitzer, und zwar auch neben dem unmittelbaren (auch wenn schon dessen Klageanspruch durch Verzicht aufgegeben ist) als Kläger in der Besitzentziehungsklage auftreten. Voraussetzung ist, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wurde. Praktisch wird der mittelbare Besitzer nur dann klagen, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht übernehmen kann, oder will, was der mittelbare Besitzer beweisen muß. Rechtlich aber kann er ohne weiteres die Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer neben diesem verlangen (Kniep [18]) behauptet dagegen, daß durch die Klage des einen die Einrede der Rechtshängigkeit gegen die Klage des anderen entstehe). Prozessual bemerkenswert ist, daß einerseits der verklagte unmittelbare Besitzer sich nicht nach § 76 ZPO. der nominatio (laudatio) auctoris dem mittelbaren Besitzer gegenüber bedienen kann, weil die Klage aus

[15]) Biermann, § 858, 2 c, Cosack, § 189, I, 3; Planck, § 858, 3 b; Dernburg, § 24, II, 4 u Anm. 7; Staudinger, § 858, IV, 2 b.
[16]) Planck, § 858, 3 b; Biermann, § 858, 2 c.
[17]) Staudinger, § 858, IV, 3.
[18]) Kniep, S. 422.

§ 861 BGB. nicht wie die aus § 76 ZPO. gegen jeden Besitzer geht, sondern vielmehr Eigenmacht bezw. bösen Glauben beim Besitzerwerb voraussetzt[19]); andererseits aber kann der mittelbare Besitzer notwendiger Streitgenosse (§ 62 ZPO) im Prozeß des unmittelbaren Besitzers sein, er kann auch selbständig klagen, hier wäre eine Verbindung der beiden Prozesse nach § 147 ZPO. möglich und angebracht. Aus der Selbständigkeit der Ansprüche des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers folgt, daß ein die Klage des einen rechtskräftig entscheidendes Urteil den Klageanspruch des anderen nicht berührt.[20]) Auch einem zweiten und dritten ... mittelbaren Besitzer (§ 871 BGB.) stehen die Ansprüche aus § 869, daher auch die Besitzentziehungsklage zu. Die Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst ist aber analog § 869 nur dann gegeben, wenn weder der unmittelbare Besitzer, noch einer der mittelbaren Zwischenbesitzer den Besitz übernehmen kann oder will. Bei mehreren gemeinschaftlichen mittelbaren Besitzern (= mittelbare Mitbesitzer) entscheidet über die Vertretung im Prozeß das Rechtsverhältnis, z. B. eine juristische Person[21]) wird von einem ihrer Organe vertreten. Gegenüber dem unmittelbaren Besitzer hat der mittelbare Besitzer nicht die Besitzentziehungsklage, da ja Voraussetzung des § 869 verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer ist, d. h. der unmittelbare Besitzer ist immer Verletzter, daher nie Beklagter; übrigens reichen ja die Klagen aus dem betreffenden Vertragsverhältnis aus. Umgekehrt aber kann der mittelbare Besitzer Beklagter sein.[22]) Wenn das nicht zulässig wäre, so könnte der fehlerhafte Besitzer dadurch, daß er die Sache einem gutgläubigen Dritten z. B. zur Leihe oder Miete übergäbe, den Entsetzen der Klage aus § 861 berauben. Voraussetzung ist, daß auch der mittelbare Besitzer fehlerhaft besitzt. Wir wollen hier nur auf Rosenberg[23]) hinweisen, der vier Arten fehlerhaften mittelbaren Besitzes aufzählt; denn deren Darstellung und Klarlegung würde eine längere Abhandlung über die sehr umfangreiche und schwierige Lehre vom mittelbaren Besitz notwendig machen, was nicht unsere Aufgabe ist. Zu erwähnen ist nur, daß der Antrag auf Urteil bei der Besitzentziehungsklage gegen den mittelbaren Besitzer lauten kann, entweder auf Wiedereinräumung des Besitzes (der Beklagte kann sich den unmittelbaren Besitz leicht vom Besitzvermittler ver-

[19]) Cf. S. 16 der Dissertation, Anm. 37, 38, 39.

[20]) Biermann, § 869, 4c; Staudinger, § 869, 1eγ; Planck, § 869, 1b, Abs. 2.

[21]) Planck, § 869, 1c.

[22]) Crome, § 352, I, 1b und Anm. 14; Endemann, § 44, 3a; Gaertner, S. 179; Strohal, S. 126f.; Planck, § 861, 2d; Rosenberg, § 861, 3d: — a. M Goldmann-Lilienthal, § 6, 3 und Anm. 5.

[23]) Rosenberg, § 861, 3d.

schaffen) oder auf Abtretung des mittelbaren Besitzes oder auf Einwilligung in die Herausgabe an den Kläger.[24]) Als Beispiel für die Passiv-Legitimation des mittelbaren Besitzers sei folgendes angeführt: Ich habe gegen denjenigen, der mir ein Buch geliehen und wieder entrissen hat, die Besitzentziehungsklage. Der Fall kann aber auch anders gelagert sein, z. B. der Dieb, der sich verbotener Eigenmacht schuldig gemacht hat, vermietet die gestohlene Sache und wird dadurch mittelbarer Besitzer. Gegen ihn ist der Anspruch aus § 861 Abs. 1 selbst dann gegeben, wenn dieser Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer (= Mieter) deshalb ausgeschlossen ist, weil er gutgläubig war und daher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen ihn nicht galt.

Kann der Mitbesitzer Kläger und Beklagter sein? Schon oben haben wir die Aktiv-Legitimation mehrerer mittelbarer Mitbesitzer bejaht, erst recht daher die Klagfähigkeit des unmittelbaren Mitbesitzers. Hervorzuheben ist zunächst, daß für den Mitbesitz das zugrundeliegende Rechtsverhältnis gleichgültig ist. Es kann z. B. sowohl Miteigentum (§ 1008 BGB.) oder Pfandbestellung durch Einräumung des Mitbesitzes (§ 1206 BGB.) sein, auch der Teil einer Sache kann Gegenstand des Mitbesitzes sein, z. B. der gemeinsame Treppenflur, auch kann, wie schon erwähnt, unmittelbarer und mittelbarer Mitbesitz vorliegen. Da der Mitbesitz nach M. Wolff[25]) dahin aufzufassen ist, daß „der Mitbesitzer Ganzbesitzer, Gewaltherr ist", in seinem Besitz durch den gleichen Besitz der anderen Mitbesitzer beschränkt ist, so ist die Regelung des § 868 ganz natürlich: gegenüber Dritten hat der Mitbesitzer den gewöhnlichen Besitzschutz, also auch die Besitzentziehungsklage, und zwar auch ohne Mitwirkung der anderen Mitbesitzer; im Verhältnis zu seinen Mitbesitzern sind seine Ansprüche nach § 866 eingeschränkt. Da aber nur Streit darüber besteht, ob Besitzstörung zu einem Streit über „die Grenzen des Gebrauchs" gehört oder nicht,[26]) Besitzentziehung sicher nicht darunter fällt, so steht auch dem einzelnen Mitbesitzer gegenüber dem anderen Mitbesitzer der Anspruch aus § 861 Abs. 1 zu. Zugleich ist damit auch die Passiv-Legitimation des Mitbesitzers bewiesen.

Nach § 865 hat der Teilbesitzer auch die Besitzenziehungsklage, sowohl gegen Dritte als auch gegen den Besitzer des anderen Teiles der Sache, z. B. der Mieter eines Stockwerkes gegen den anderen Mieter. Auch der Stockwerkseigentümer[27]) genießt diesen Besitzschutz, wenn auch das BGB. dieses Rechtsverhältnis nicht kennt.

[24]) Rosenberg, § 861, I, 4 c.
[25]) Cf. Iherings Jahrbücher, Bd. 44, S. 158.
[26]) Vgl. über den Streit: Staudinger, § 866, 2 b, β; Biermann, § 866, 2; Planck, § 866, 5.
[27]) Cf. Art. 182, EG. zu BGB.

Nun ist die Stellung des Rechtsbesitzers bei der Besitzentziehungsklage zu untersuchen. Um das folgende leichter zu verstehen, wollen wir zuerst das Institut des Rechtsbesitzes erörtern. Schon die Römer, deren Besitz ein reiner Sachbesitz war, kannten bei den Servituten den Rechtsbesitz als quasi possessio,[28]) also als Fiktion, der später weiter ausgedehnt wurde. Auch das ALR. (= Allgemeines Preußisches Landrecht) und das BLR. (= Bayerisches Landrecht) kannte ihn in weitem Umfang. Dagegen enthält das BGB. keine allgemeine Vorschriften über den Besitz von Rechten; das wirtschaftliche Bedürfnis drängte jedoch dazu, irgendeinen Rechtsbesitzschutz zu gewähren, und das BGB. verweist daher auf die Vorschriften über den Besitz in § 1029, was auch nach § 1090 Abs. 2. für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten mit Ausnahme des Wohnungsrechtes (§ 1093) gilt, d. h. auf diese Sachenrechte sind, soweit die Regeln über Sachbesitz für sie nicht gelten (z. B. bei Erbbaurecht und Nießbrauch findet Sachbesitzschutz statt) analog die Vorschriften über den Sachbesitz anzuwenden.[29]) Art. 191 Abs. 2 EG. zu BGB. gibt auch noch eine weitere Möglichkeit vom Rechtsbesitz, ferner ist auch auf dem den Landesrechten vorbehaltenen Gebiete (z. B. Art. 63, 65, 67, 68, 69, 74 EG. zu BGB.) Rechtsbesitz nach Maßgabe der Landesgesetze möglich. Der Besitzschutz ist einheitlich, d. h. für die servitutes continuae, non continuae, apparentes, non apparentes bestehen keine besonderen interdicta wie im römischen Recht. Der Besitzschutz findet erst dann statt, wenn der Rechtsbesitz nach den Voraussetzungen des § 1029 erworben ist. Daß für die Grunddienstbarkeiten die Besitzstörungsklage nach § 862 Abs. 1 die Hauptrolle spielt, ist klar. Bunsen[30]) verneint sogar beim Rechtsbesitz die Möglichkeit einer gänzlichen Entziehung, zumal hier der Schutz nur negatorisch ist. Mar darf wohl nicht soweit gehen und muß die Besitzentziehungsklage dann für gegeben erachten, wenn die weitere Ausübung der Dienstbarkeit nicht mehr möglich ist, z. B. mein Grundstücksnachbar, auf dessen Boden ich ein Wegerecht habe, baut gerade an der für meine Diensbarkeit wichtigen Stelle eine Mauer. Hier muß doch derRechtsbesitzschutz nach § 861 neben dem petitorischen Schutz aus § 1027 gegeben sein. Auch die Vorschriften bezüglich der Fehlerhaftigkeit des Besitzes sind beim Rechtsbesitz anwendbar. Fehlerhaft ist im obigen Beispiel der vom Grundstücksnachbar durch Bau einer Mauer herbeigeführte

[28]) Cf. Dernburg, § 29, I.; Wolff, § 24, vor I.; cf. auch Römische Servituten-Lehre von Dr. R. Elvers (1856), der S. 842 Anmerkung b Ulpian, „den Vorkämpfer für die Theorie des Quasibesitzes" zitiert und zwar in seinem 17. Buch ad edictum (l 6 , § 1 si serv. vind, 8, 5).

[29]) Cf. Crome, § 433, II und Anm. 21.

[30]) Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 69 f.

Zustand, weil er den Rechtsbesitz des andern verletzt und sich einen von der Dienstbarkeit freien Besitz seines belasteten Grundstücks verschafft. Wir sehen also, daß der Rechtsbesitzer (auch der mittelbare: z. B. der Verpächter eines Grundstücks, für das an einem anderen Grundstück ein Wegerecht eingetragen ist, das der Pächter nach den Voraussetzungen des § 1029 in Rechtsbesitz gebracht hat, ist mittelbarer Rechtsbesitzer [31]) als Kläger aus § 861 zugelassen ist. Aber auch seine Passivlegitimation ist möglich; denn es gibt auch fehlerhaften Rechtsbesitz gegenüber dem Besitzer des belasteten Grundstücks: der Besitzer des herrschenden Grundstückes handelt bei der ersten Ausübung der Dienstbarkeit, z. B. er errichtet eine der Ausübung der Dienstbarkeit dienende Anlage ohne den Willen des Besitzers des praedium serviens.[32])

Als letzte Ergänzung der Parteirollen im Besitzentziehungsprozeß bleibt nur noch der Besitzdiener übrig. Aus § 855, der besagt, daß nur der Besitzherr Besitzer ist, und aus § 860, der dem Besitzdiener nur die Selbsthilfe gegenüber Dritten zugesteht, folgt ohne weiteres die Unmöglichkeit einer Aktivlegitimation des Besitzdieners.

Isay vertritt dagegen die Auffassung, daß der Besitzdiener dem Besitzherrn gegenüber nicht, wohl aber „Dritten gegenüber Besitzer sei, insoweit es sich lediglich um den Schutz, um die rechtliche Anerkennung seiner tatsächlichen Gewaltausübung handelt".[34]) Dritten gegenüber ist also der Besitzdiener nach Isay auch zur Besitzentziehungsklage nach § 861 BGB. aktiv legitimiert — im Gegensatz zur herrschenden Meinung, die den Besitzdiener in keinem Fall als Besitzdiener ansehen kann.[35]) Ich lehne die Ansicht Isays und damit die Möglichkeit einer Aktivlegitimation des Besitzdieners bei einer Klage aus § 861 aus dem absolut unzweideutigen Gesetzeswortlaut ab: Wenn § 855 nur den Besitzherrn Besitzer sein läßt und dann § 860 den Besitzdiener „zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte" für befugt erklärt, so kann das nur bedeuten, daß der Besitzdiener nur Vertreter [36]) des dem Besitzherrn zuständigen Selbsthilferechts ist; das Wort „dem Besitzer" in § 860 kann im Hinblick auf § 855 nur den Besitzherrn meinen, ferner deutet das Wort „Ausübung" in § 860 darauf hin, daß das Selbstschutzrecht dem Besitzdiener nicht selbst zusteht. Wenn also § 860 dem Besitzdiener nicht einmal ein selbständiges Selbsthilferecht verleiht, so kann der Besitzdiener erst recht nicht aktiv legiti-

[31]) Wolff, § 24 Anm 9.
[32]) Wolff, § 24, IV, 2 a; Planck, § 1029, 5 b.
[34]) Isay, S 292.
[35]) Cf. Staudinger, § 855, III; Biermann, § 860.
[36]) Cf. Planck, § 860, Biermann, § 860.

miert sein zu einer Klage aus § 861 (argumentum e contrario aus § 860): dieses argumentum e contrario kann man wohl damit begründen, daß bei einer Klageerhebung aus § 861 die Zweckmäßigkeitsgründe nicht vorliegen, die sicherlich zur Schaffung des § 860 Anlaß gegeben haben. Wenn ich nun schon Isays Annahme eines selbständigen Selbstschutzrechts des Besitzdieners aus § 860, wenn ich die Aktivlegitimation des Besitzdieners ablehne, dann kann ich nimmer Isays Auffassung des Besitzdieners als eines Besitzers gegenüber Dritten für richtig halten. Aus all diesem, insbesondere daraus, daß der Besitzdiener nach § 860 nur ein Recht des Besitzherrn ausübt, folgt ferner, daß ein Selbstschutzrecht des Besitzherrn überhaupt bestehen und eine gegen den Besitzherrn verübte Eigenmacht vorliegen muß, d. h. bei der Untersuchung einer verbotenen gegen den Besitzdiener verübten Eigenmacht entscheidet nicht dessen Wille, sondern der des Besitzherrn[37]); bei einer Sachwegnahme mit Einwilligung des Besitzherrn, der unmittelbarer Besitzer ist, aber gegen den Willen des Besitzdieners, könnte daher der mittelbare Besitzer nicht die Besitzentziehungsklage gemäß § 869 mit § 861 erheben.

Auch eine Passivlegitimation des Besitzdieners bei der Klage aus § 861 muß im allgemeinen verneint werden, weil die Besitzentziehungsklage sich nur gegen fehlerhafte Besitzer richtet,[38]) der Besitzdiener aber, der eine Sache entzieht, unmittelbar für seinen Herrn den Besitz erwirbt,[39]) also selbst nicht Besitzer wird. Der beauftragte Besitzdiener, der „außerhalb des objektiv begrenzten Geschäftskreises oder der ihn besonders erteilten Anweisungen den Besitz ergriffen hat",[40]) ist dagegen passiv legitimiert.

Eine andere Frage ist die Frage der Passivlegitimation des Auftraggebers, die wir hier gleich erledigen wollen. Den Auftraggeber kann der Beeinträchtigte nur dann belangen, wenn der Beauftragte sein Besitzdiener ist, d. h. für ihn unmittelbar den fehlerhaften Besitz erwirbt, oder, wenn der Beauftragte dem bösgläubigen Auftraggeber den Besitz überträgt (§ 858 Abs. *2*), oder, wenn der Beauftragte Besitzmittler des Auftraggebers ist.[41]) — Nur ein Fall der Passivlegitimation des Besitzdieners ist noch denkbar: Der Besitzdiener leistet den Anweisungen des Besitzherrn nicht Folge und entzieht ihm dadurch den Besitz. Hier tritt er aber aus seiner Besitzdienerrolle heraus und kann daher wie jeder Dritte, der verbotene Eigenmacht begeht, verklagt werden.[42])

[37]) Cf. Planck, § 860; — a. M. Isay, S. 287.
[38]) Cf. Staudinger, § 855, III; — a. M. Gaertner, S 179.
[39]) Endemann, § 38, I; Dernburg, § 20, I., Abs 3 und II.; Crome, § 348, I, 1 b; Planck, § 854, 5 und § 855, 4; Biermann, § 855, 4 a.
[40]) Endemann, § 38, 1 ,Ende des Absatzes 1.
[41]) Rosenberg, § 858, I., 4 b, α.
[42]) Cf. RGE., Bd. 71, S. 253.

II. Die einzelnen Abwehrmittel mit Ausnahme des § 864 Abs. 2.

Nach der bisherigen mehr allgemeinen Betrachtung der Besitzentziehungsklage wenden wir uns der spezielleren zu, der uns zur Aufgabe gestellten Erörterung der verschiedenen Abwehrmittel des Beklagten gegen die Klage aus § 861, zunächst mit Ausnahme des § 864 Abs. 2.

Der die Besitzentziehungsklage enthaltende § 861 gibt selbst in Abs. 2 eine Einwendung, die sog. exceptio vitiosae possessionis, die keine Einrede im technischen Sinn darstellt,[1]) sondern eine den Anspruch verneinende Tatsache.[2]) Trotzdem nimmt Crome[3]) an, daß der Einwand nur dann in Betracht kommen könne, wenn ihn der Beklagte geltend macht, während die meisten Autoren dies verneinen.[4]) Die Beweislast trifft jedoch den Beklagten, was aber auch sehr bestritten ist.[5]) Voraussetzung des Einwandes ist die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegenüber dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen „Rechtsvorgängern" und kein längerer Zeitraum als ein Jahr zwischen den beiden Eigenmachtshandlungen. Die Frist des § 861 Abs. 2, die der des § 864 Abs. 1 entspricht, folgt dem alten deutschen Rechtssprichwort: „Jahresschweigen macht den Frieden zum Unfrieden". Die typischen Merkmale des fehlerhaften Besitzes kennen wir schon; Unklarheit herrscht nur über den Ausdruck „Rechtsvorgänger". Biermann,[6]) der übrigens an der nämlichen Stelle die sechs möglichen Kombinationen des fehlerhaften Besitzes aufzählt, die sich durch Heranziehung von § 858 Abs. 1 und 2 ergeben, versteht unter Rechtsvorgänger des Besitzers nur den Vorgänger im Recht auf den Besitz,[7]) gibt aber doch zu, daß die weitere Auffassung der Gegner mit der Terminologie des Gesetzes nicht in Widerspruch steht. Wolff[8]) faßt den Besitz nicht „im Sinne der Sachherrschaft, sondern im Sinne des die Sachherrschaft überdauernden Rechtes" auf, Winscheid-Kipp[9]) verstehen unter Rechtsvorgänger im Besitz das nämliche wie Wolff, wenn sie

[1]) Staudinger, §§ 861, 862, III. Abs. 1; auch Endemann, (§ 44 Anm. 29) nimmt jetzt keine Einrede im zivilrechtlichen Sinn mehr an.

[2]) Staudinger, §§ 861, 862, III, 3 a Abs. 2.

[3]) Crome, § 352 Anm. 27; ähnlich Staudinger, §§ 861, 862, III, 3 und Kniep, S. 426 ff.

[4]) Wolff, § 19 Anm. 11; Gaertner, S. 186; Fischer-Henle, § 861 Anm. 10; Planck, (§ 861, 4; Biermann, § 861, 5 Abs 2; Strohal, S. 129

[5]) Bunsen, S. 79; Staudinger, §§ 861, 862, III, 3; Rosenberg, § 861, II, 5; Planck, § 861, 4; Maenner, § 17 Anm. 49; — a. M. Leonhard, S. 410 und Endemann, § 44, 2 a u. Anm. 11.

[6]) § 861, 5 Abs. 1.

[7]) Aehnlich Kreß, S. 348 Anm. 914

[8]) § 19 Anm. 10

[9]) S. 819, 820, 836.

auch mit teilweiser anderer Begründung zu demselben Ergebnis kommen, Planck[10]) lehnt sowohl die enge Ansicht Biermanns als auch die weitausdehnende Erklärung Wolff's und Kipp's ab und nimmt an, daß einerseits zu Gunsten desjenigen, der Erbe eines des Besitzes Entsetzten ist und sich den Besitz eigenmächtig vom Besitzentzieher verschafft, auch der § 861 Abs.2 Anwendung findet, daß das Nämliche auch umgekehrt gilt, nämlich wenn der Besitzentzieher nach Verübung seiner Eigenmacht denjenigen beerbt, dem der Besitz wieder vom Entsetzten entrissen worden ist. Auch bezüglich der Fristberechnung besteht im Gesetz eine Ungenauigkeit: § 861 Abs. *2* bezeichnet eigentlich den Zeitraum zwischen der zweiten verbotenen Eigenmacht und der Besitzerlangung des Anspruchsberechtigten, die nicht notwendigerweise mit der ersten Dejektion zusammenfallen muß, z. B. wenn ein Besitznachfolger klagt. Es liegt hier aber sicher ein Redaktionsversehen vor, die Frist muß unbedingt schon von der ersten verbotenen Eigenmacht an gerechnet werden nach Maßgabe der §§ 187, 188 BGB.[11]) Gegen die aus § 863[12]) oder aus § 864 Abs. *2*[13]) oder aus § 861 Abs. *2*[14]) denkbare Replik des Klägers ist die Duplik des Beklagten aus § 861 Abs. *2* als Abwehrmittel allgemein anerkannt, wenn es auch nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt ist.[15]) Zu betonen ist noch besonders, daß das Abwehrmittel aus § 861 Abs. *2* einer Variation insofern unterworfen ist, als der Beklagte eine förmliche Widerklage dadurch erheben kann, daß er im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Klägers Rückgabe der Sache verlangen kann; die Voraussetzung des § 33 ZPO. ist gegeben, da der „Gegenanspruch mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht." (Denselben = Klageanspruch).[16])

Die zweite Gruppe der Abwehrmittel gegen die Besitzentziehungsklage nennt uns § 863, wenngleich er einschränkenden Charakter hat und die Einreden ex iure grundsätzlich für unzulässig erklärt, entsprechend dem allgemeinen Prinzip der Scheidung von petitorium und possessorium. Petitorische Einwände können nur „zur Begründung der Behauptung gemacht werden, daß die Entziehung nicht verbotene Eigenmacht ist". Verbotene Eigenmacht liegt zunächst nach § 858 nicht vor, „wenn das Gesetz die Entziehung gestattet" wie z. B. bei den §§ 227, 561 Abs. 1, 581 Abs. *2*, 704, 859 Abs. *2* u. *3*, 904, 910,

[10]) § 861, 4 a.
[11]) Strohal, S. 132/137; Cosack, § 189, I,. 4; Wolff, § 19 Anm. 12; Planck, § 861, 4 b.
[12]) Cf. Crome, § 352 Anm. *26*.
[13]) Cf. Endemann, § 44, 4 und Anm. *26*.
[14]) Cf. Wolff, § 19, III und Anm. 13.
[15]) Staudinger, §§ 861, 862, III, *3* c; Planck, § 861, 4 b.
[16]) Dernburg, § 26, 1; Crome, § 352, I, *2* d, Anm. 45 u 46.

962 BGB., bei den nach Landesrecht geltenden Fällen der Privatpfändung,[17]) bei der Zwangsvollstreckung,[18]) auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts z.B. bei erlaubten Eingriffen der Polizei. Bestritten ist der Fall des § 273 Abs. 2 BGB.: Kann der Besitzentzieher gegenüber der Besitzklage wegen Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen? Neuerdings schließt sich auch Planck [19]) der Meinung *) Biermann's [20]) Staudingers,[21]) Cromes [22]) und Gaertners [23]) an, sofern es sich um Verwendungen nach der Dejektion handelt und sofern die Besitzentziehung nicht eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung darstellt. Obligatorische Rechte, die ein Nichtberechtigter einem anderen gewährt, schließen verbotene Eigenmacht nicht aus[24]). Auch die Rechte des Ehemanns nach § 1373,[25]) die des Testamentsvollstreckers nach § 2205 und die des Konkursverwalters nach § 117 KO. begründen nicht die Befugnis eigenmächtig zu handeln.[26]) Es gibt aber auch noch andere Fälle, wo verbotene Eigenmacht nicht vorliegt, obwohl es das Gesetz nicht ausdrücklich gestattet. (Der Beklagte muß natürlich diese Behauptungen geltend machen und bei Bestreitung beweisen): Wenn es an den allgemeinen Voraussetzungen der Eigenmacht fehlt, d. h. wenn nicht gegen den Willen des Besitzers entzogen wurde oder wenn der Kläger den behaupteten Besitz gar nicht hat oder nicht haben kann z.B. der Boden, um den gestritten wird, befindet sich im Eigentum des Staates.[27]) Lehrreich ist besonders ein Beispiel bei Wolff:[28]) Ein Grundstücksbesitzer klagt possessorisch (§ 862) auf Unterlassung vom Immissionen des Nachbargrundstücks. Wenn nun der Beklagte einwendet, die Immission sei ortsüblich, so ist das nicht etwa eine im possessorium unzulässige Einwendung ex iure (§ 863) (der Beklagte sagt nicht: iure turbavi), sondern ist das ein Leugnen der Störung überhaupt (non turbavi).[29]) Wenn auch das Beispiel den § 862 veranschaulicht, so lernen wir daraus trotzdem, daß der Sachbesitz den nämlichen Grenzen unterworfen ist, wie das Sacheigentum. „Wo das Eigentum endet, da endet auch der Besitz".[30])

---

[17]) Cf. Art. 89, EG. zu BGB.
[18]) Cf. §§ 758, 808, 836, 883, 885, 892 ZPO.; § 150 Abs. 2 ZwVG.
[19]) § 863, 2 Abs. 3.
[20]) § 863, 1 c.
[21]) § 863, 7.
[22]) § 352, I, 3 Anm. 48
[23]) S. 193.
*) Diese Meinung bejaht die Frage des Zurückhaltungsrechts.
[24]) Staudinger, § 863, 1.
[25]) Staudinger, § 863, 5; Biermann, § 863, 1 a
[26]) Planck, § 863, 2 Abs. 3.
[27]) Staudinger, § 863, 1.
[28]) § 16, II, 1.
[29]) In der Praxis klagt der Grundbesitzer, wenn er Eigentümer ist, aus § 1004.
[30]) OLGE., Bd. 9, S. 296, zit. bei Wolff (§ 16, II, 1.).

An den § 863 knüpft sich aber noch eine große Streitfrage. Während die Verbindung der Besitzklage mit der Klage aus dem Recht, wie schon erwähnt, jetzt zulässig ist, besteht betreffend der Zulassung einer Widerklage keine Klarheit und Einmütigkeit. In der amtlichen Begründung der Aenderungen der ZPO.[31]) gilt zwar eine Widerklage aus dem Rechte als erlaubt; da aber nach § 33 ZPO. eine Widerklage nur bei einem Zusammenhang des Gegenanspruchs mit dem Klageanspruch oder mit den gegen diesen vorgebrachten Verteidigungsmitteln zulässig ist — Voraussetzung ist natürlich die gesetzliche Zulässigkeit der Verteidigungsmittel — und da nach § 863 die Einwendungen aus dem Rechte grundsätzlich nicht zugelassen sind, so wird man im allgemeinen eine petitorische Widerklage nicht als gegeben erachten dürfen. „Die Zulassung einer derartigen Widerklage würde die ganze Grundlage des Besitzschutzes, der prinzipiell vom materiellen Rechte losgelöst sein soll, wieder erschüttern."[32]) Daher ist nach strenger Auslegung des § 863 eine petitorische Widerklage nur dann möglich, wenn sie „zur Begründung der Behauptung geltend gemacht wird, daß die Entziehung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei" (§ 863).[33])

Auf die von Rosenberg[34]) geforderte Zulässigkeit einer „Unterlassungsklage" wegen künftiger Störungen, die er als allgemeine Ausnahme des § 863 auffaßt und die er „im Interesse des Nationalvermögens zur Vermeidung der Kosten des Abbruchs (einer Anlage) und der Neuerrichtung der Anlage sowie des zweiten Rechtsstreites" als erlaubt hinstellt, brauchen wir hier nicht näher einzugehen, weil er diese Forderung nicht auch für die Besitzentziehungsklage aufstellt; denn, so sagt er: „Die Unzulässigkeit petitorischer Einwendungen ist gerechtfertigt für die Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes, weil sonst der Besitzer leicht um die Vorteile z. B. um die Vorteile der Beklagtenrolle im Eigentumsstreite, um die Möglichkeit, die Ersitzung zu vollenden oder das Ablösungsrecht, das Zurückbehaltungsrecht auszuüben usw. gebracht werden kann".

Was die Einwendungen innerhalb der Grenzen des § 863 noch anlangt, wäre noch eine weniger bekannte Frage zu untersuchen: Ist gegenüber der Besitzentziehungsklage des Erben des Besitzers der Einwand eines Rechtes auf den Nachlaß zu-

---

[31]) S 43.

[32]) Staudinger, § 863, 3.

[33]) Bendix, S. 71; Rosenberg, § 863, III; Bunsen, S 27; Crome, § 352 Anm. 59; Goldmann-Lilienthal, § 6 Anm. 24; Wolff, § 19 Anm. 14; Biermann, § 863, 2 b; Seuffert, § 33, 2 e Abs. 1; Dernburg, § 27 Anm. 4; Planck, § 863, 4; Fischer-Henle, § 864 Anm. 8; — a. M. Gaupp-Stein, 33, III, 4 Landsberg, § 171 Anm. 3; Kniep, S. 420; RGE., Bd. 50, 11 ff. läßt die Frage offen.

[34]) § 863, II, 3

lässig?[35]) Das Urteil des OLG. Dresden vom 27.1.02[36]) verneint die Zulässigkeit dieser Einwendung: die Kläger als gesetzliche Erben der X., der Stiefmutter der Beklagten, fordern nach § 861 die Wiedereinräumung des Besitzes des Nachlaßmobiliars, das die Beklagten weggenommen hatten, die jetzt den Einwand eines Rechtes auf den Nachlaß machen. Aus den Gründen des Urteils interessiert uns folgendes: „Das Recht, den Erben den Besitz des Nachlasses zu entziehen, ist, abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall des § 229 dem Nachlaßgläubiger gegeben. Bei dieser Sachlage ist auch das Recht zum Besitz, das sich die Beklagten . . . beilegen, bedeutungslos, weil es nach § 863 nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden kann, daß wegen des hier eben nicht gegebenen Vorhandenseins der Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe die Besitzentziehung nicht verbotene Eigenmacht sei."

Nach ALR. hatte der Beklagte auch die Einrede der mangelnden Passiv-Legitimation, d. h. der Beklagte konnte, wenn er die Besitzentziehung in fremdem Auftrage vorgenommen hatte, sich der Klage entledigen durch nominatio auctoris. Auszuscheiden ist hier der Fall, daß zwischen Beauftragtem und Auftraggeber ein Besitzdienerverhältnis besteht, weil, wie schon oben erwähnt, der Besitzdiener überhaupt nicht Beklagter sein kann, sondern der Anspruch sich unmittelbar gegen den Besitzherrn wendet. Wenn aber der Auftraggeber im Verhältnis zum Beauftragten mittelbarer Besitzer ist, dann fragt es sich, ob nicht §§ 76, 77 ZPO. in Anwendung zu bringen sind. Seuffert[37]) und Stein[38]) schließen die Besitzentziehungsklage von den Klagen des § 76 ZPO. aus, weil der Anspruch aus § 861 nicht wie die nach § 76 ZPO. zulässigen Klagen gegen den Besitzer als solchen geht, sondern nur gegen den, der dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt.[39]) Der § 77 ZPO. kommt hier nicht in Betracht, weil die Klagen des § 77 ZPO. „auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen" gehen, ferner weil der Kläger nach § 77 ZPO. ein „Recht an der Sache" haben muß, der Besitz im Sinne des BGB. aber kein Recht ist. Der Vollständigkeit halber ist nochmals darauf hinzuweisen, daß der Auftraggeber meist von vorneherein direkt belangt werden kann (siehe oben: Passiv-Legitimation des Besitzdieners und des mittelbaren Be-

[35] Cf. Staudinger, § 857, VI
[36]) Cf. OLGE., Bd. 4, S. 289.
[37]) § 76 ZPO., 2 a.
[38]) Gaupp-Stein, § 76 ZPO. II, 1.
[39]) Aehnlich Goldmann-Lilienthal, § 6 Anm. 5; Rosenberg, § 861, I, 3 e; RGE, v. 14. 12. 1892, Bd. 30, S. 137 f., führt das Nämliche bezüglich der gemeinrechtlichen aktio spolii aus; — a. M. Endemann, § 44, 3 b Anm. 22; Crome, § 352 Anm. 14, letzter Satz.

sitzers. Nur dann darf der Auftraggeber nicht mit der Klage aus § 861 belangt werden, wenn der Beauftragte für sich erworben und dem Auftraggeber auch nicht den Besitz übertragen hat, d. h. wenn er bloß Anstifter bezw. Ratgeber war.

Die allgemeine Spolieneinrede des gemeinen Rechts (exceptio spolii) ist als Abwehrmittel des Beklagten gegen die Besitzentziehungsklage gefallen.[40]) Für die Spolienklage galt vor dem BGB. folgendes: „Nach den durch konstanten Gerichtsgebrauch weiter ausgebildeten Bestimmungen des kanonischen Rechts in c. 2 C. III. qu. 2; c. 2. 4 X de ord. cognit. 2. 10; c. 7. 10 X. de restit. spoliat. 2. 13; c. 1. de restit. spoliat. in VI. ° 2. 5. ist die Spolieneinrede bei allen Zivilklagen ohne Unterschied mit der Wirkung zulässig, daß der Spoliierte jeden Anspruch des Spolianten solange von sich abwehren darf, bis der frühere Zustand wieder hergestellt ist. Deshalb ist der Rechtssatz: spoliatus est ante omnia restituendus von jeher in der deutschen Praxis als eine dem Beklagten zustehende Rechtswohltat (beneficium iuris) angesehen worden . . . Bei der materiell-rechtlichen Natur der exceptio spolii ist solche durch die ZPO. (ältere Fassung) nicht beseitigt worden.“ [41]) Aus eben derselben RGE. kann man auch noch für das heutige Recht entnehmen, daß trotz der Beseitigung der exceptio spolii der Anspruch aus § 861 als selbständiges Verteidigungsmittel im Arrestprozesse geltend gemacht werden kann.[42])

Gegen die Besitzentziehungsklage des Erben des Besitzers hat der Beklagte insofern ein Abwehrmittel, als er die Voraussetzungen des § 857 bestreitet. Der Kläger muß nun den Beweis sowohl des bisherigen Besitzes des Erblassers als auch seines Erbrechtes führen (bei letzterem Beweis wird ihm hauptsächlich der Erbschein (§ 2353 BGB. ff.) dienlich sein.) [43]) Der Beklagte kann gegen die Besitzentziehungsklage auch die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit erheben; wenn auch gemäß § 52 Abs. 1 ZPO. die Prozeßfähigkeit nach der Geschäftsfähigkeit zu beurteilen ist, so wird sie doch auch auf solche Klagen Anwendung finden müssen, deren Grundlage nicht Rechtsgeschäfte bilden.[44])

Die Einwendung des Beklagten, der Kläger oder sein Rechtsvorgänger [45]) sei nur Besitzdiener und daher nicht klage-

[40]) Cf. Bayer. Ausführungsgesetz zu BGB, Art. 166, Ziff. XVI, wo unter anderem auch der Art. 81 des Bayer. AG zur ZPO. älterer Fassung aufgehoben wird. (Cf. Staudinger, §§ 861, 862, II, 6 f.; Biermann, § 861, 6).

[41]) RGE. vom 24. III. 1882, Bd. 7, S. 328 ff.

[42]) Neumann, § 861, III.; Staudinger, §§ 861, 862, II, 6 f.

[43]) Cf. Strohal, S. 103; Planck, § 857, 4 Abs. 4; Staudinger, § 857, V, Abs. 1; Rosenberg, § 857, IV.

[44]) Endemann, § 44 Anm. 8; Gaupp-Stein, § 51, I Anm. 5.

[45]) Staudinger, §§ 861, 862, III, 1 a, δ.

berechtigt, ist zulässig und wirksam, was sich aus der bereits oben dargelegten Unmöglichkeit einer Aktivlegitimation des Besitzdieners ergibt. Wenn der Kläger nicht Besitzdiener ist, sondern den Besitz nur vom Besitzdiener erlangt hat, so ist zu unterscheiden: Hat der Besitzdiener durch Nichtbefolgung der Anweisungen des Besitzherrn seine Besitzdienerrolle verlassen und dem Besitzherrn den Besitz entzogen, und kannte der Kläger „die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe" (§ 858, Abs. 2), so ist auch der schlechtgläubige Kläger aus § 861 aktiv legitimiert, der Beklagte hat aber eventuell die exceptio vitiosae possessionis aus § 861 Abs. 2; kannte der Kläger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe, wenn auch infolge grober Fahrlässigkeit, nicht, so ist erst recht die Aktivlegitimation des Klägers gegeben, ohne die Möglichkeit einer Einwendung des Beklagten aus § 861 Abs. 2 (der „entzogene Besitz" = der bisherige Besitz des Klägers war ja nicht fehlerhaft); wenn aber der Besitzdiener, ohne gegen die Anweisungen des Besitzherrn zu verstoßen, vielmehr als dessen Beauftragter und Stellvertreter, (NB. „die Vollmacht über die Sachen im Namen des Geschäftsherrn rechtlich zu verfügen, schließt ein Besitzdienerverhältnis nicht aus„ Staudinger § 855, II, 9) dem Kläger die Sache übergibt, so wird er fehlerfreier Besitzer, seine Aktivlegitimation aus § 861 mit Ausschluß der exceptio vitiosae possessionis ist gegeben.

Da der Besitz des Beklagten Voraussetzung seiner Passivlegitimation ist (der Besitzdiener ist z. B. nicht passiv legitimiert[46]), ergibt sich die Frage, ob nicht der Beklagte durch Veräußerung oder Verlust des Besitzes nach der Rechtshängigkeit ein wirksames Abwehrmittel erlangt. Der Besitzprozeß macht nach der herrschenden Meinung die Sache zu einer „im Streit befangenen", jedoch hat die Veräußerung auf den Prozeß keinen Einfluß (§ 265 ZPO. Abs. 2), d. h. der Prozeß wird unverändert fortgesetzt und das Urteil gegen den Beklagten lautet daher auf Wiedereinräumung des Besitzes.[47]) Gegen diese Auffassung wendet sich Planck, indem er behauptet, „diese Ansicht dürfte weder mit den Vorschriften der ZPO. noch mit denen des BGB. vereinbar sein."[48]) Er wendet sich

[46]) „Der Umstand, daß Beklagter nur Besitzdiener ist, stellt eine Einwendung dar und ist daher vom Beklagten zu beweisen." Staudinger, §§ 861, 862, III, 1 b, ζ.

[47]) Gaupp-Stein, § 265 ZPO. II, 1 und Anm. 9; Seuffert, § 265 ZPO., 2 b; Rosenberg, § 861, I, 3 b, α; Biermann, § 861, 2 b; Staudinger, §§ 861, 862, III, 2; Endemann, § 44 Anm. 20; Crome, § 352, I, 1 b u. Anm. 14; Maenner, § 17 Anm. 36.

[48]) § 861, 2 c; ähnlich Gaertner, S. 179; Goldmann- Lilienthal, § 6 Anm. 7.

einerseits gegen den von Biermann [49]) vertretenen Unterschied zwischen Veräußerung des Besitzes, Begründung vermittelnden Besitzes und sonstigen Besitzverlust, indem er, sich hauptsächlich auf die Motive (S. 124) stützend, die drei Fälle des Besitzverlustes gleich behandelt wissen möchte, nämlich Befreiung des Beklagten von der Besitzentziehungsklage bis auf die Haftung für die Prozeßkosten. Andererseits bekämpft er die Unterscheidung zwischen bösgläubigen und gutgläubigen Erwerbern des Besitzes, was weder zu dem § 265 ZPO., noch zu den §§ 325, 727 ZPO. passe, die die Gegner anwenden wollen. „Diese Vorschriften sind auf Ansprüche, die nicht gegen jeden Besitzer begründet sind, nicht anwendbar. Die Annahme ferner, daß im Falle der Begründung vermittelnden Besitzes während des Rechtsstreits das Urteil auch gegen den gutgläubigen vermittelnden Besitzer wirksam und vollstreckbar sei, erscheint mit § 858 Abs. 2, Satz 2 BGB. nicht vereinbar und läßt sich aus den §§ 325, 727 ZPO. nicht herleiten, weil diese Vorschriften Erlangung des Besitzes einer in Streit befangenen Sache voraussetzen, während es an dieser Eigenschaft der Sache hier fehlt." [50]) Die Gegner Plancks wenden seine Ansicht nur für den Fall an, daß der Beklagte den Besitz der Sache anders als durch Veräußerung oder Begründung vermittelnden Besitzes verloren hat; der Prozeß ist gegenstandslos geworden ,der Beklagte ist nur in die Kosten zu verurteilen.

Kernpunkt dieses zivilprozessualen Streites ist m. E. die Frage, ob auch die Besitzklagen eine Litigiosität begründen, weil davon die Anwendbarkeit der §§ 265, 325, 727 ZPO. abhängt." Streitbefangen ist eine individuell bestimmte körperliche Sache nur dann, wenn die rechtliche Beziehung zu ihr den Kläger oder den Beklagten zur Sache legitimiert. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn eine solche Berechtigung den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildet." [51]) Nach der von mir vertretenen Auffassung, daß der Besitz kein Recht (also auch keine „Berechtigung"), sondern ein rein tatsächliches Verhältnis sei, kann die Besitzklage keine Streitbefangenheit begründen. Man kann sich ferner auf die Motive (S. 124) berufen — ohne dabei zu vergessen, daß Motive vorsichtig zur Auslegung verwendet werden müssen: die Motive begründen die Befreiung des sich während des Prozesses der Innehabung entäußernden Beklagten von der Besitzklage (bis auf die Haftung der Prozeßkosten) damit, daß die Restitutionsverpflichtung von gegenwärtigem Besitz abhänge, sich dagegen nicht auf ein commissum gründe und daher nicht den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung unterliege.

[49]) § 861, 2 b.
[50]) Planck, § 861, 2 c.
[51]) Gaupp-Stein, § 265, II, 1.

„Gegenwärtigkeit des Besitzes" liegt aber bei unfreiwilligem Besitzverlust ebenso wenig wie bei Entäußerung vor; und wenn die Gegner bezüglich der Begründung vermittelnden Besitzes die §§ 325, 727 ZPO. anführen, so kann man (ebenso wie Planck § 861,2 c) erwidern, daß die Vorschriften die Litigiosität der Sache verlangen, die ich aber — wie schon oben gesagt — nicht als gegeben erachte. Dieses Ergebnis stimmt auch mit den Ausführungen S. 6/7 u. S. 16 der Dissertation überein: die Ausschließung der nominatio auctoris bei der Besitzentziehungsklage und die Annahme der Begründung der Streitbefangenheit durch diese Klage widersprechen sich;[52]) denn wie § 76 ZPO.,[53]) so sind auch die §§ 265, 325, 727 ZPO. Vorschriften, die nicht auf Ansprüche, die wie z. B. die Klage aus § 861 nicht gegen jeden Besitzer gerichtet sind, anwendbar sind.[54]) Und wenn nun die §§ 265, 325, 727 ZPO., die auf streitbefangene Sachen Anwendung finden, für die Besitzentziehungsklage nicht gelten, so begründet folglich diese Klage keine Litigiosität. Die prozessuale Folge unserer Stellungnahme ist gemäß den Motiven: Befreiung des Beklagten von der Besitzentziehungsklage bis auf die Haftung wegen der Prozeßkosten. Jedoch bei Umwandlung des unmittelbaren Besitzes des Beklagten in mittelbaren kann der Beklagte nach Aenderung des Klangantrags zur Uebertragung des mittelbaren Besitzes an den Kläger verurteilt werden.[55]) „Selbstverständlich kann der Kläger aber auch den nunmehrigen unmittelbaren Besitzer belangen, wenn dieser beim Besitzerwerb nicht im guten Glauben war. Hat der Beklagte den Besitzverlust (wirklicher Besitzverlust im Gegensatz zur Begründung mittelbaren Besitzes) schuldhaft herbeigeführt, so kann der Kläger ohne unzulässige Klageänderung zum Antrag auf Schadensersatz übergehen (§ 264 ZPO.)".[56])

Wir wenden uns nun dem § 864 BGB. zu, der dem Beklagten zwei wichtige Abwehrmittel sowohl gegen die Besitzstörungsklage, als auch die Klage aus § 861 gewährt (auch § 863 gilt gleichmäßig für die Dejektions- und Störungsklage). Nach kurzer Betrachtung des § 864 Abs. 1 werden wir, unserem Thema gemäß, das Abwehrmittel aus § 864 Abs. 2 eingehender behandeln.

Die Schaffung des § 864 Abs. 1 entspricht der Erwägung, daß beim Besitz, einem tatsächlichen Verhältnis, das formelle Recht auf der einen oder anderen Seite schnell verwischt und

[52]) Cf. Hellwig, S 358 Anm. 14, der zwar die Streitbefangenheit bejaht, aber die Verneinung des § 76 als in Widerspruch dazu stehend erklärt

[53]) Cf. S. 16 der Diss. Anm 37, 38, 39.

[54]) Planck, § 861, 2 c.

[55]) Cf. Planck, § 861, 2 c.

[56]) Planck, § 861, 2 c, Ende.

besonders bei verspäteter Inanspruchnahme des Gerichts der Beweis erschwert wird. Die einjährige Frist des § 864 Abs. 1 ist keine Verjährungsfrist, sondern eine Ausschlußfrist, die von der Besitzentziehung an nach § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Entsetzten zu rechnen ist und die der Richter, auch ohne daß sie vom Beklagten geltend gemacht wird, beachten muß, wenn sie sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt. „Die Beweislast trifft bezüglich des Beginns der Frist den Beklagten. Nur muß, wenn der Beklagte die Entziehung des Besitzes oder die Störung bestreitet, der Kläger beweisen, nicht nur daß, sondern auch wann sie stattgefunden hat. Wann die Klage erhoben ist, muß der Kläger nachweisen." [57])

Zu betonen ist, daß gerade die Klage aus § 861 erhoben sein muß, d. h. der Anspruch aus § 861 darf nicht etwa nur im Wege der prozessualen Einrede geltend gemacht sein; Antrag auf Erlassung einer polizeilichen Verfügung genügt nicht.[58]) Auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung reicht nicht aus, ebenso wenig die Erhebung einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO.[59]) Planck [60]) wirft folgende Frage auf: „Wie aber, wenn der Kläger (der die Feststellungsklage erhoben hat) während des Prozesses für den Fall, daß sein Besitzstand nicht anerkannt werden sollte, den Antrag auf Verteilung zur Wiedereinräumung des Besitzes stellt?", läßt aber die Frage unbeantwortet. Ich beurteile den Fall ähnlich wie die bloße Erhebung der Feststellungsklage: diese wahrt die Einhaltung der Ausschlußfrist des § 864 Abs. 1 — wie schon erwähnt — nicht, und zwar m. E. deshalb nicht, weil der § 864 Abs. 1 der schnellen Verwischung des formellen Rechts beim Besitz, einem tatsächlichen Verhältnis, Rechnung trägt, und dieser Tendenz nur die klipp und klar ausgesprochene Forderung der Wiedereinräumung des Besitzes in Form der Erhebung der Klage aus § 861 gerecht wird. Und gerade wegen dieser Tendenz kann m. E. auch der nur eventuell gestellte Antrag auf Wiedereinräumung des Besitzes die Ausschlußfrist des § 864 Abs. 1 nicht wahren.

---

[57]) Planck, § 864, 1, die drei letzten Sätze; ebenso Strohal, S. 119; Goldmann-Lilienthal, § 6, III, 2; Rosenberg, § 864, I, 5; — a. M. Leonhard, S. 410.

[58]) Biermann, § 864, 2.

[59]) Staudinger, § 864, 1 c; Biermann, § 864, 2

[60]) Planck, § 864, 1.

III. Die Bedeutung des § 864 Abs. 2 als Abwehrmittel.

Der § 864 Abs. 2 besagt bezüglich des Anspruches aus § 861 Abs. 1, daß dieser erlösche, wenn „nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann." d. h. wenn er auf Grund seines Rechtes an der Sache die Herstellung dieses durch seine Eigenmacht geschaffenen Besitzstandes fordern kann, falls zunächst der andere den durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitz zurückerhalten hätte. § 864 Abs. 2 schließt an den gemeinrechtlichen Satz an: „petitorium absorbet possessorium", um diesen unnötigen Umweg und den damit verbundenen Geld- und Zeitverlust zu ersparen. Das Gesetz spricht ausdrücklich von einem Recht an der Sache; es kann daher nach der feststehenden Terminologie des BGB. darunter nur ein dingliches Recht, nicht auch ein obligatorisches Recht auf Wiedereinräumung des Besitzes verstanden werden. „Auch kann eine Ausdehnung durch Analogie bei ausdrücklich gegenteiligem Wortlaut des Gesetzes — speziell im Gebiete des starren Sachenrechts — nicht statthaft erscheinen." [1]) Trotzdem setzt sich der Großteil der Schriftsteller für eine Anwendung des § 864 Abs. 2 auch auf obligatorische Ansprüche „in Ansehung der Sache" ein. Biermann [2]) meint: „Indessen wird man an dieser Stelle den Ausdruck nicht pressen und auch die Feststellung eines obligatorischen Rechts auf einen der Entsetzung entsprechenden Besitzstand für genügend erachten dürfen. Denn wenn beispielsweise rechtskräftig festgestellt wird, daß der Dejizient als Mieter der Sache den Anspruch auf ihren Besitz hat, so hat es offenbar keinen Sinn, ihm trotzdem die Sache von Rechtswegen wieder abzunehmen." Martin Wolff [3]) bemerkt, daß man es hier mit einem Redaktionsversehen zu tun hat, daß die rechtskräftige Feststellung eines obligatorischen Rechtes oder eines Rechtes aus älterem Besitz genügen müsse. Rosenberg [4]) führt aus: „Wenn auch ‚das Recht an der Sache' im Sprachgebrauch des BGB. regelmäßig ein dingliches Recht bezeichnet, so kommen doch auch Abweichungen vor, z. B. sprechen §§ 772 Abs. 2, 773 Abs. 2 von einem Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache, obwohl dieses Recht kein dingliches Recht ist. Ferner aber redete der entsprechende § 823 Abs. 2 E I. nur von einem

[1]) Staudinger, § 864, 2c
[2]) § 864, 3a, β.
[3]) § 19 Anm. 17; ebenso M. Wolff, „Das Recht zum Besitz", S. 9.
[4]) § 864, II, 1c.

„über das Recht anhängig gewordenen Prozesse", stellte also nur Besitz und Recht schlechthin in Gegensatz. Es erhellt nicht, daß die zweite Kommission eine Aenderung beabsichtigte, sodaß die Annahme eines bloßen Redaktionsversehens begründet ist. Daraus aber folgt bereits die Berechtigung zu einer ausdehnenden Auslegung der Worte „Recht an der Sache"; zum mindestens aber ist eine analoge Anwendung auf obligatorische Rechte geboten." Das Kommentar der Reichsgerichtsräte sagt in § 864,3, daß die Entstehungsgeschichte und der Rechtsgedanke des Gesetzes die Erweiterung der Auslegung befürworte. Dernburg[5]) begründet die Ansicht der bisher genannten Autoren mit dem Satz: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est." Endemann[6]) führt die nämlichen Gründe wie Rosenberg an, Crome[7]) meint: „Eventuell muß Analogie aushelfen," Goldmann-Lilienthal[8]) schließt ebenfalls aus § 823 Abs. 2 Entwurf I folgendes: „Man muß aus diesem Grund annehmen dürfen, daß die Worte „Recht an der Sache" im § 864 Abs. 2 nicht in dem eigentlichen technischen Sinn gemeint sein können, sondern nur soviel sagen wollen als „Recht in Ansehung der Sache". Aehnliches führen Windscheid-Kipp,[9]) Fischer-Henle,[10]) Gaertner,[11]) Strohal[12]) und Bendix[13]) aus. Neumann[14]) schreibt, indem er Gründe für und gegen die bisher gehörte Meinung aufzählt, zu diesem Streitpunkte: „Nach dem Wortlaute bezieht sich die Vorschrift nur auf die Feststellung eines Rechts an der Sache, also eines dinglichen Rechtes; indes kann es zweifelhaft sein, ob hier nicht eine Ungenauigkeit des Ausdruckes vorliegt und ob auch nicht die Feststellung eines obligatorischen Rechtes in Ansehung der Sache oder eines Herausgabeanspruches auf Grund früheren Besitzes (§ 1007) genügt. Für letztere Auffassung spricht der Inhalt des § 823 Abs. 2 E. I., der nur die Feststellung eines Rechts verlangt, in Verbindung mit dem Umstande, daß die Absicht einer diesbezüglichen Aenderung aus den Protokollen zweiter Lesung nicht erhellt. Gegen diese Auffassung spricht der Unterschied des Charakters des dinglichen und persönlichen Rechts. Wird Abs. 2 nur auf dingliche Rechte erstreckt, so würde gegenüber der Besitzklage, welche die dem persönlichen Rechte entsprechende Rechtslage beseitigen will, die Anwendung der exceptio

---

[5]) § 28 Anm. 6.
[6]) § 42 Anm. 28.
[7]) Crome, § 352 Anm. 68.
[8]) § 6 Anm. 28.
[9]) S. 821
[10]) § 864 Anm. 7
[11]) S. 190 f.
[12]) S. 120.
[13]) S. 73 Anm. 43.
[14]) § 864, II, 2 b.

doli aus § 226 in Frage kommen, indes kann der Besitzkläger auch unter diesen Umständen sehr wohl ein Interesse an der Rückforderung haben. Planck[15]) wendet sich mit aller Entschiedenheit — und mit Recht — gegen die extensive Auffassung, lehnt die Erweiterung zunächst aus terminologischen Gründen ab und führt dann in geradezu genialer Weise folgendes ins Feld: „Die Ausdehnung der Vorschrift auf obligatorische Ansprüche dieses Inhalts ist auch sachlich nicht ohne Bedenken. Wenn der Käufer, der den Verkäufer auf Lieferung der gekauften Sache verklagt, sich diese, ohne das Urteil abzuwarten, selbst verschafft, und wenn dann der Verkäufer mit der Besitzklage auf Grund gegenwärtiger Bestimmung abgewiesen würde, hat er dann erfüllt? Ist der Käufer Eigentümer geworden, und wann und wodurch ist er es geworden?" Auch Staudinger,[16]) wie schon oben zitiert, Cosack,[17]) Landsberg,[18]) Bunsen,[19]) Maenner[20]) und Eck[21]) lehnen alle eine Analogie ab und halten am ausdrücklichen Gesetzeswortlaut fest. Planck[22]) geht auf den Inhalt des rechtskräftigen Urteils weiter ein und folgert aus seinem obengenannten Beispiel: „Das Urteil muß zwar das Recht des Klägers auf den Besitz, nicht aber geradezu den Anspruch auf die Leistung rechtskräftig feststellen (denn wenn sich der Kläger vor Erlaß des Urteils die Sache selbst bereits verschafft hat, kann nicht wohl noch eine Verurteilung zur Leistung ergehen) und nur eine vorbehaltlose Entscheidung, nicht aber eine Verurteilung zur Leistung gegen Gegenleistung usw. kann die in Abs. 2 bestimmte Folge haben." An und für sich verlangt der § 864 Abs. 2, daß das Urteil rechtskräftig feststellt, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht. Man wird aber einerseits sicher die Wirkung des Urteils auch zugunsten eines Nachfolgers des Täters ausdehnen dürfen,[23]) wird andererseits auch zugeben, „daß der Feststellung eines Rechts des Täters für den gegen den Besitznachfolger des Täters gerichteten Besitzanspruch die Feststellung eines Rechtes des Besitznachfolgers gleichzustellen ist."[24])

Die zweite große Streitfrage des § 864 Abs. 2 dreht sich um die Worte „nach Verübung der verbotenen Eigenmacht". Ein

[15]) § 864, 2 a, α.
[16]) Staudinger, § 864, 2 c.
[17]) § 189, I., 6.
[18]) § 171, II, 3 e, bb.
[19]) S. 77 zu Anm 5.
[20]) § 17 Anm 56.
[21]) S. 45 Anm. 4.
[22]) § 864, 2 a, α.
[23]) Rosenberg, § 864, II, 1 d; Hellwig, S. 356 Anm. 8.
[24]) Planck, § 864, 2 a, α; ebenso Rosenberg, § 864, II, 1 d; Windscheid-Kipp, S. 821, 837; Kreß, S. 342; Hellwig, S. 356 Anm. 8.

Teil der Literatur will aber den § 864 Abs. 2 auch für ein vor der Verübung der verbotenen Eigenmacht ergangenes Urteil anwenden. Rosenberg [25]) sagt: „Natürlich kann in diesem Fall (d. h. wenn das Urteil vor der Verübung der verbotenen Eigenmacht ergangen ist) ein Besitzanspruch nicht erlöschen; § 864 Abs. 2 aber hindert ein Entstehen. Die Handlung des Beklagten ist trotz des Urteils verbotene Eigenmacht, die zur Abwehr (§ 859 Abs. 1) und zur Selbsthilfe (§ 859 Abs. 2 und 3) berechtigt," gibt aber selbst zu, daß „der Einwand der Gegner einen Schein von Berechtigung hat". Endemann [26]) folgt dem Genannten, betont aber, „auch die eigenmächtige private Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils enthalte den Tatbestand einer verbotenen Eigenmacht; denn dieses Urteil gäbe nur einen publizistischen Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz durch Vollstreckung." Auch Kreß,[27]) Hellwig,[28]) Eck [29]) und Windscheid-Kipp [30]) halten für ein vorher ergangenes Urteil den § 864 Abs. 2 gegeben. Planck [31]) tritt auch in diesem Streitpunkte als Verteidiger des Gesetzestextes auf und führt ganz treffend aus: „Das (= die gegnerische Auslegung) ist das Gegenteil von dem, was im Gesetz steht, und führt dahin, daß wegen der hier in Frage kommenden Ansprüche aus rechtskräftigem Urteil das Faustrecht gelten würde. Das Argument der Gegner (NB. Wolff [32]) vertritt jetzt auch den Standpunkt Plancks), es könne der Gläubiger, der das Urteil abwartet, nicht schlechter gestellt sein, als der, welcher schon vorher zur Selbsthilfe schreitet, ist verfehlt, so einleuchtend es klingt. Praktisch bleibt dabei das psychologische Moment unbeachtet, daß vor Rechtskraft des Urteils der Gläubiger, der sich sein Recht selbst verschafft, auf die Gefahr hin handelt, daß das petitorium später zur Entscheidung kommt als das possessorium, oder daß er im petitorium unterliegt. Theoretisch wird übersehen, daß der Abs. 2 eine gegen das Prinzip aus praktischem Gesichtspunkt eingeführte Singularität ist, aus der Konsequenzen nur gezogen werden dürfen, wenn es sich besonders rechtfertigen läßt. Davon kann hier um so weniger die Rede sein, als es an jeder Bestimmung einer Zeitgrenze fehlen würde, bis zu welcher die rechtskräftige Feststellung des Rechtes die Entstehung von Besitzansprüchen wegen verbotener Eigenmacht ausschlösse, während doch die tatsächlichen und recht-

[25]) § 864, II, 1 b.
[26]) § 42 Anm. 29.
[27]) S. 342
[28]) S. 345 Anm. 15.
[29]) S. 46 Anm. 1.
[30]) S. 821, 837; ebenso Staudinger, § 864, 2 b, α u. RGE., Bd. 107, S. 258 ff.
[31]) § 864, 2 b, Abs. 2
[32]) § 19 Anm. 15.

lichen Verhältnisse sich nach der Feststellung des Rechtes jeden Augenblick so ändern können, daß der Ausschluß von Besitzansprüchen der fraglichen Art völlig widersinnig wäre." Auch Wolff [33]) stimmt dem jetzt zu und gibt ein schlagendes Beispiel für diese Ansicht: „Ist vor Jahren einmal das Eigentum des E. gegenüber X. festgestellt worden und begeht jetzt E. verbotene Eigenmacht gegen X., so muß X. den Besitzanspruch haben, weil möglicherweise seit jenem Urteil die Rechtsverhältnisse sich wesentlich geändert haben (E. hat nachträglich die Sache dem X. verliehen, verkauft, verpfändet usw.)." Goldmann-Lilienthal [34]) kommt zum nämlichen Ergebnis, weicht nur insofern etwas ab, als er behauptet, daß die Verwirklichung eines vorher ergangenen rechtskräftigen Urteils, die nach § 858 zu beurteilen sei, regelmäßig keine verbotene Eigenmacht darstellen wird. Cosack.[35]) Kom. d. R. GR.,[36]) Gaertner,[37]) Neumann,[38]) Crome [39]) und auch Biermann [41]) stehen auf der Seite der Letztgenannten, deren Ansicht man als die herrschende Lehre bezeichnen darf. Wenn auch nach der herrschenden Lehre ein vorher ergangenes rechtskräftiges Urteil nicht die Wirkung des § 864 Abs. 2, der eine notwendige Ausnahme von der Regel des § 863 schafft, zeitigt, d. h. den Anspruch aus § 861 nicht wettmacht, so kann es doch unter Umständen als Einrede im Rahmen des § 863 verwertet werden.[42]) Ob eine Eigenmacht, die zur Vollstreckung eines schon vorliegenden rechtskräftigen Urteils ausgeführt wird, verbotene Eigenmacht ist oder nicht, das muß man nach § 858 beurteilen.[43]) Ganz anders steht es mit der Zeit der Erhebung der Besitzentziehungsklage. Vorauszuschicken ist, daß § 823 Abs. 1 Ent. I zwar ausdrücklich bestimmte, „durch die Erhebung der Besitzklage werde die Erhebung der Klage aus dem Recht, durch die Erhebung der Klage aus dem Recht die Erhebung der Besitzklage nicht gehindert," daß aber die zweite Kommission diese Bestimmung als ganz selbstverständlich wegfallen ließ [44]) Im Gegensatz zu Entwurf I ist aber nicht mehr notwendig, daß zur Zeit der rechtskräftigen

[33]) § 19 Anm. 15.
[34]) § 6 Anm. 27;
[35]) § 189, I, 6 und Anm. 11.
[36]) § 864, 3.
[37]) S. 191.
[38]) § 864, II, 2 a.
[39]) § 352 Anm. 69.
[41]) § 864, 3 a, γ; im Gegensatz zur 2. Aufl
[42]) Staudinger, § 864, 2 b, α, 5./6. Aufl. 1910 (jetzt anders cf. Staudinger, § 864, 2 b, α, 9. Aufl. 1926).
[43]) Neumann, § 864, II, 2 a; Staudinger, § 864, 2 b, ε (5./6. Aufl. 1910).
[44]) Planck, § 864, 3.

Feststellung des dinglichen Rechts die Besitzklage schon erhoben sei.[45]) Es sind drei Möglichkeiten bezüglich der Erhebung der Besitzklage zu unterscheiden:

1. Die Rechtskraft des petitorischen Urteils tritt nach der verbotenen Eigenmacht, aber vor der Erhebung der Besitzklage ein. Dann ist die Besitzklage kostenpflichtig abzuweisen.[46])
2. Die rechtskräftige Feststellung des dinglichen Rechts ergeht während des Besitzprozesses, d. h. vor der letzten mündlichen Verhandlung. Ueber die Folgen ist man sich nicht einig. Die einen wollen den Prozeß in der Hauptsache als erledigt ansehen und den Kläger nur in die Kosten verurteilen nach §§ 91 ff. ZPO.[47]) Die Gegner treten für eine kostenfällige Klageabweisung ein, indem sie behaupten, daß das BGB. die in § 823 Abs. *2* E. I. enthaltene Bestimmung nicht aufrecht halte.[48]) Ich schließe mich der letzten Auffasung an: die *2.* Kommission ließ den § 823 Abs. 1 u. *2* E. I. fallen; die Nichtaufnahme des Abs. 1 in das BGB. erklärt sich aus der Selbstverständlichkeit der Bestimmung; Abs. *2* ist nicht so selbstverständlich, sein Wegfall deutet auf die gegenteilige Ansicht der *2.* Kommission hin. Ferner erscheint mir der Klageanspruch, da die Rechtskraft ebenso wie die Frist in § 864 Abs. 1 eine den Anspruch aufhebende Tatsache ist, als unbegründet und daher die Abweisung der Klage als gerechtfertigt.
3. Das Urteil im petitorium wird nach der letzten mündlichen Verhandlung des Besitzstreites rechtskräftig; dann wird der im Besitzprozeß Beklagte zur Herausgabe verurteilt, hat aber dann die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO.[49]) Auch darf der Besitzprozeß nicht nach § 148 ZPO. wegen Rechtshängigkeit des petitorischen Anspruchs ausgesetzt werden.[50])

Dernburg[51]) bemerkt ferner, daß „vollends die Zulässigkeit der Widerklage aus dem Recht dem § 864 Abs. *2* nicht entnommen werden kann, sondern, daß solche vielmehr gemäß

[45]) Staudinger, § 864, 2 b, β; RGRK., § 864, 3.
[46]) Goldmann-Lilienthal, § 6 Anm 27; Wolff, § 19, V, Abs. 4; Neumann, § 864, II, 3 a.
[47]) Dernburg, § 27, V u Anm. 7; Goldmann-Lilienthal, § 6 Anm. 27; Neumann, § 864, II, 3 b; Staudinger, § 864, 2 b, γ.
[48]) Biermann, § 864, 3 b; Crome, § 352 Anm. 67; Planck, § 864, 2 b Abs. 1; Rosenberg, § 864, II, 2 a; Fischer-Henle, § 864 Anm. 4; Wolff, § 19, V, Abs. 4.
[49]) Goldmann-Lilienthal, § 6 Anm. 27; Wolff, § 19, V, Abs. 4; Rosenberg, § 864, II, 2 a; Staudinger, § 864, 2 b, δ
[50]) Dernburg, § 27 Anm 6; Rosenberg, § 864, II, 2 b; Fischer-Henle, § 864 Anm. 8.
[51]) Dernburg, § 27 Anm. 6.

BGB. § 863 und ZPO. § 33 unzulässig ist.“ [52]) Wie schon erwähnt, ist Identität der Parteien des petitorium und des possessorium nicht erforderlich, z. B. das dem Täter ein Recht an der Sache zusprechende rechtskräftige Urteil kommt auch seinen Erben zugute.[53])

Der § 864 Abs. *2* setzt ferner ein rechtskräftiges Urteil voraus, d. h. 1. das Urteil muß rechtskräftig sein, und *2.* andere gerichtliche Entscheidungen kommen nicht in Betracht. Nach § *322* Abs. 1 ZPO. sind Urteile nur insoweit der Rechtskraft fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist und es genügt daher nicht, wenn z. B. der Gegner mit seiner petitorischen Klage abgewiesen wurde.[54]) Nach Biermann[55]) und Rosenberg[56]) muß das Urteil nicht gerade ein Feststellungsurteil nach § 256 ZPO. sein, sondern es kann auch ein Leistungsurteil sein. Ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil und auch eine einstweilige Verfügung reichen nicht aus. Beispiel: „A. kommt zu dem Erben B und fordert die im Nachlaß befindliche Uhr als sein Eigentum heraus; da B. die Herausgabe verweigert, nimmt A. die Uhr heimlich am 1. Mai weg und erhebt zugleich Klage gegen B. auf Feststellung seines Eigentums an der Uhr. B. erhebt darauf den Anspruch aus § 861; er wird damit durchdringen.“ [57]) Auch Wolff,[58]) Maenner,[59]) Staudinger,[60]) Rosenberg[61]) und Biermann[62]) vertreten diese Ansicht. Dernburg[63]) führt dagegen bezüglich der einstweiligen Verfügung aus: „Soll die Wiedereinsetzung in den Besitz ausgesprochen werden können, wenn dem Wiederentsetzten auf Grund der einstweiligen Verfügung der Besitz sofort genommen werden könnte? Gerade dieser Gesichtspunkt ist für die in § 864 Abs. *2* gegebene Beschränkung des possessorischen Schutzes maßgebend. Er führt dazu, auch eine einstweilige Verfügung als Hindernis des possessorischen Anspruchs anzuerkennen.“ Dernburg folgt der Entsch. des OLG. (Dresden) vom 13. XII. 1900,[64]) die den Anspruch eines Ehemanns aus

[52]) Aehnlich Fischer-Henle, § 864 Anm. 8; Staudinger, § 863, 3.
[53]) Cf. Hellwig, S. 356 Anm. 8; Rosenberg, (§ 864, II, 1 d
[54]) Planck, § 864, *2* a, β; Staudinger, § 864, 2 d; Rosenberg, § 864, II, 1 a.
[55]) § 864, 3 a, β.
[56]) § 864, II, 1 a.
[57]) Endemann, § 42 Anm 27.
[58]) § 19 Anm. 18.
[59]) § 17 Anm. 55.
[60]) § 864, 2 e.
[61]) § 864, II, 1 a.
[62]) § 864, 3 a, α; ebenso OLGE. (Dresden) v. 30. III. 1906 in „Rechtsprechung d. OLG.“, Bd. 14, S. 224.
[63]) § 27 Anm. 6.
[64]) „Das Recht“, Jahrg. 1901, S. 284, Nr. 1020.

§ 861 Abs. 1 untergehen läßt, wenn der Ehefrau, die ihren Mann verlassen und Haushaltsgegenstände mitgenommen hatte, durch eine einstweilige Verfügung nach § 627 ZPO. und § 1361 BGB. ein Recht zum Besitz zuerkannt wird. Auch Planck[65]) stützt sich auf diese Entscheidung, wenn er sagt: „Auch einstweilige Verfügungen fallen an und für sich nicht unter die Bestimmung des (§ 864) Abs. 2, doch ist eine Verurteilung zur Wiedereinräumung des Besitzes wohl solange ausgeschlossen, als eine das Gegenteil bestimmende richterliche Verfügung zu Recht besteht." Fischer-Henle stellt, indem er in Anm. 6 zu § 864 auf § 219 BGB. verweist, dem rechtskräftigen Urteil ein unter Vorbehalt rechtskräftig ergangenes Urteil,[66]) Wolff[67]) jede unanfechtbare Entscheidung, zum Beispiel die des Mieteinigungsamtes, gleich.

Neumann[68]) und Staudinger[69]) stellen die Behauptung auf, daß auch die Surrogate des rechtskräftigen Urteils, Anerkenntnis, Vergleich und Verzicht betreffs des dinglichen Anspruchs nach Verübung der Eigenmacht in der Regel zugleich einen Verzicht auf den possessorischen Anspruch enthalten.

Zur Vollständigkeit der Erläuterung des § 864, Abs. 2, wollen wir ganz kurz das Verhältnis dieses Abwehrmittels zu den anderen, dem Dejizierten zustehenden Klagen erörtern, wenn dies auch nur indirekt unser Thema betrifft. Die dem gutgläubigen früheren Besitzer einer beweglichen Sache zustehende Klage aus § 1007, die ihrer rechtlichen Natur nach eine „petitorische Besitzklage" ist,[70]) gehört ebensowenig hierher als die Klage aus § 867 und die Klage auf Feststellung bestehenden Besitzes nach § 256 ZPO. (die letztere Klage setzt Besitz des Klägers voraus und ist nur bei bloßem mündlichen Streit um den gegenwärtigen Besitz praktisch.[71]) Von Bedeutung sind hier nur die condictio possessionis und die Schadensersatzklage. Die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung durch den Besitz (§ 812 f. BGB.) ist zulässig, wenn der Beklagte den Besitz ohne rechtlichen Grund erlangt hat.[72]) Wenn sie auch den Ansprüchen aus §§ 861 und 1007 gegenüber nur subsidiär ist, so hat sie doch auch praktische Bedeutung. Während man einen Einwand und eine Widerklage

[65]) § 864, 2 a, β.
[66]) Cf. Rosenberg, § 864, II, 1 a.
[67]) § 19 Anm. 18.
[68]) § 864, II, 4
[69]) Staudinger, § 864, 4.
[70]) Staudinger, § 1007 vor I.
[71]) Cf. Dernburg, § 25, III; Crome, § 353, I., und Anm. 2; Staudinger, §§ 861, 862, I, 2 b; Biermann, § 862, 8 a; Fischer-Henle, § 861 Anm. 1; Neumann, § 862, I, 2.
[72]) Biermann, § 862, 8 b; Bunsen, S. 87 f.; Rosenberg, Vorbemerkungen zu § 858; Wolff, § 16, I, 2.

aus dem Recht auch ihr gegenüber für zulässig erachtet,[73]) gilt weder § 864 Abs. 1 für die condictio possessionis,[74]) noch hat ein rechtskräftiges Urteil einer Bereicherungsklage die Wirkung des § 864 Abs. 2.[75])

Dem Entsetzten wird nach geltendem Recht auch die Klage auf Schadensersatz nach § 823 ff. BGB. in beschränktem Maße gewährt.[76]) Die Besitzentziehung muß widerrechtlich und schuldhaft erfolgt sein und ist, da der Besitz kein Recht, sondern ein tatsächliches Verhältnis ist, auf § 823 Abs. 2 wegen Verletzung des Schutzgesetzes des § 858 zu stützen.[77]) Für die Schadensersatzklage, die ebenso wie die condictio possessionis keine Besitzklage ist, gilt nicht § 864 Abs. 1[78]) und insbesondere bleibt selbstverständlich eine petitorische Feststellung ohne Einfluß auf die Schadensersatzklage.[79])

Endlich ist nur noch zu bemerken, daß für die Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht, die vor dem 1. I. 1900 verübt wurde, der § 864 Abs. 2 deshalb keine Anwendung findet, weil dafür allgemein bisheriges Recht gilt. Für diese Frage ist besonders RGE. Bd. 50, S. 11 f. wichtig.[80])

---

[73]) Staudinger, § 863, 6; Rosenberg, Vorbemerkungen zu § 858; Biermann, § 863, 3.

[74]) Cf. Rosenberg, § 864, I, 6.

[75]) Rosenberg, § 864, II, 2 c

[76]) Cf. Wolff, § 16, I., 3.; Bunsen, S. 89 f.; Fischer-Henle, § 861 Anm. 1; Rosenberg, Vorbemerkung zu § 858.

[77]) Rosenberg, Vorbemerkung zu § 858; Planck, § 858, 2; — a. M. Wolff, § 16, I, 3, der die Klage auf § 823, Abs. 1 gründet.

[78]) Biermann, § 864, 2, letzter Satz, Staudinger, § 864, 1 d; Rosenberg, § 864, I. 6

[79]) Rosenberg § 864, II, 2 c; Staudinger, § 864, 5; Biermann, § 864, 3 c; Planck, § 864, 2 d.

[80]) RGRK. § 864, 3; Staudinger, § 864, 6 (5./6. Aufl., 1910).

C.

Schluß.

Am Ende unserer Arbeit wollen wir nochmals einen kurzen Rückblick tun: Wir haben versucht, die Besitzentziehungsklage, ihre Voraussetzungen, ihr Ziel, ihre Parteien in der verschiedensten Besetzung, insbesondere aber die dem mit der Besitzentziehungsklage Beklagten zustehenden Abwehrmittel — hauptsächlich natürlich nur die aus dem materiellen Rechte sich ergebenden Abwehrmittel — unter besonderer Hervorhebung des Abwehrmittels des § 864 Abs. 2 klar und getrennt darzustellen; dabei strebten wir danach, die äußerst umfangreiche Literatur nach Möglichkeit zu berücksichtigen, zahlreiche Autoren, und zwar beide Seiten, zu Worte kommen zu lassen. Wir haben aber auch dort, wo es gut und nötig schien, unsere Stellung kundgetan, ohne die gegenteilige Meinung deshalb zu mißachten.

Zum Schluß möchte ich nur noch kurz die Frage streifen: Bedarf es überhaupt heute noch der Besitzentziehungsklage oder im allgemeinen der Besitzschutzansprüche überhaupt? In der Einleitung erwähnten wir die verschiedenen Theorien über den Grund des Besitzschutzes und auch die Notwendigkeit desselben. Zweifeln kann man aber daran, ob es gerade dieser Art des Besitzschutzes des BGB., vor allem der Besitzschutzklagen, bedarf. Man kommt zu diesen Zweifeln, wenn man sich überlegt, daß die Praxis bekanntlich fast keine Besitzschutzprozesse kennt. Auch die Betrachtung des ausländischen Rechts unterstützt diese Auffassung. Während das französiche Recht nur Besitzschutzklagen für unbewegliche Sachen und nur in beschränktem Maße zuläßt, kennt das englische und dänische Recht einen Besitzschutzprozeß überhaupt nicht. Wenn das BGB. dem Mieter und Pächter nicht nur obligatorische, sondern dingliche Rechte gegeben hätte, was unterblieben ist, dann könnte man die Ansicht teilen, daß die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO. die Besitzschutzklagen des BGB. überflüssig machen und vollständig ersetzen würde,[1]) was eine begrüßenswerte Vereinfachung der ganzen Rechtsordnung darstellen würde.

---

[1]) Vgl. über den Schluß: Wolff, § 17, vor I.